jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 1986/6/17 2Ob656/84

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 17.06.1986

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Scheiderbauer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kralik, Dr. Melber, Dr. Huber und Dr. Egermann als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei S***, Straßen- und Tiefbauunternehmung AG, 1010 Wien, Seilerstätte 18-20, vertreten durch Dr. Gerd Baumgartner, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Alfred S***, Fliesenerzeuger und Händler,

8502 Lannach 259, vertreten durch Dr. Christian Moser, Rechtsanwalt in Graz, wegen S 27.102,56 s.A., infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz als Berufungsgerichtes vom 4. Juni 1984, GZ 4 R 230/84-76, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Bezirksgerichtes Stainz vom 23.Feber 1984, GZ C 16/82-11 abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei hat dem Beklagten die mit S 2.940,15 bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung (darin enthalten S 223,65 Umsatzsteuer und S 480,-- Barauslagen) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Text

Begründung:

Die klagende Partei hat im August 1979 auf dem Betriebsgelände des Beklagten Asphaltierungsarbeiten durchgeführt und ihm hiefür zwei binnen 30 Tagen fällige Rechnungen vom 3.September und 6. September 1979 über insgesamt S 57.102,56 erstellt, auf welche er am 11.Oktober 1979 eine Anzahlung von S 30.000,-- leistete. In der Klage wird die Zahlung des Restbetrages von

S 27.102,56 s.A. mit der Begründung begehrt, die Arbeiten seien entgegen der Behauptung des Beklagten ordnungsgemäß ausgeführt worden. Im übrigen sei eine vereinbarungsgemäß binnen 8 Tagen nach Fertigstellung der Asphaltierung schriftlich vorzunehmende Mängelrüge nicht erfolgt.

Der Beklagte beantragte Klagsabweisung, wendete aufrechnungsweise eine Gegenforderung von S 12.552,84 ein und behauptete die mangelnde Fälligkeit des Klagsbetrages, weil die Arbeiten noch nicht fertiggestellt seien.

Die klagende Partei bestritt die behauptete Gegenforderung und hielt dieser überdies nicht verrechnete Leistungen sowie den Einwand der Verjährung entgegen.

Nachdem das klagsstattgebende erstgerichtliche Urteil im ersten Rechtsgang vom Berufungsgericht aufgehoben und

dem Erstgericht die Ergänzung des Verfahrens aufgetragen worden war, stellte das Erstgericht im zweiten Rechtsgang die Klagsforderung wieder als zu Recht bestehend, die eingewendete Gegenforderung dagegen als nicht zu Recht bestehend fest und gab der Klage statt.

Das Berufungsgericht änderte das erstgerichtliche Urteil in eine Klagsabweisung ab; es sprach aus, daß die Revision zulässig sei. Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichtes erhebt die klagende Partei eine auf § 503 Abs 1 Z.2 bis 4 ZPO gestützte Revision mit dem Antrage auf Abänderung im Sinne der Wiederherstellung des erstgerichtlichen Urteiles; hilfsweise wird auch ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Beklagte beantragt in seiner Revisionsbeantwortung, die Revision als unzulässig zurückzuweisen oder ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 502 Abs 4 Z.1 ZPO unzulässig.

Das Erstgericht hat folgenden, vom Berufungsgericht übernommenen und für das Revisionsverfahren erheblichen Sachverhalt festgestellt:

Anläßlich des Ausbaues der Bundesstraße 76 in Lannach forderte der Beklagte, dessen Betriebszufahrt an dieser Straße liegt und die im Einvernehmen mit dem Land Steiermark und unter dessen Kostenbeteiligung neu errichtet werden sollte, den örtlichen Bauleiter der bauausführenden klagenden Partei, Ing.C***, auf, ein Anbot über die Grundierung und Asphaltierung seiner 800 m 2 großen Hoffläche zu erstellen. Die klagende Partei übermittelte in der Folge das schriftliche Anbot vom 16.Mai 1979 Beilage ./D. Da dem Beklagten insbesondere die Kosten der Position 2 betreffend die Herstellung der Feinplanie und der Beigabe des Feinmaterials zu hoch waren, erklärte er, er werde die Grundierung der Hoffläche - des Vorplatzes - selbst besorgen, worauf dieser Posten im Angebot gestrichen und vermerkt wurde, daß "der Besitzer die Planie selbst macht. Im übrigen wurde die Herstellung einer 10 cm starken Bitukiesauflage vereinbart und die Auftragsbestätigung vom Beklagten unterfertigt. Diese enthält neben den Zahlungsbedingungen den Vermerk, daß Bemängelungen wegen der Ausführung der Arbeiten nur anerkannt werden, wenn sie innerhalb 8 Tagen nach Beendigung der Arbeiten schriftlich bei der klagenden Partei erhoben werden. Der Beklagte besorgte sich in der Folge das Schottermaterial und es wurde die Planierung durchgeführt. Am 28. und 29.August 1979 nahm eine Arbeitspartie der klagenden Partei die Asphaltierung des Vorplatzes vor. Der Bitukies wurde händisch verteilt und zur Einhaltung der Asphaltstärke wurden 10 cm starke Holzstaffeln verwendet. Ing.C*** hatte vor Beginn dieser Arbeiten die Planie besichtigt und augenscheinlich in Ordnung befunden. Der Beklagte war bei den Asphaltierungsarbeiten ständig anwesend. Nach dem Anwalzen betrug die Asphaltstärke im wesentlichen Bereich der Hoffläche nur 8 cm, auf Verlangen des Beklagten wurde auch diese Fläche sodann auf 10 cm Stärke erhöht. Der Beklagte zeigte sich während der Asphaltierungsarbeiten mit der Ausführung nicht einverstanden und tat dies dem Partieführer N*** kund, welcher sodann meinte, zur Ausgleichung allfälliger Unebenheiten müsse noch eine weitere, ca. 2 cm starke Feinschicht aufgetragen werden. Gegenüber Ing.C***, der dem Beklagten die Beendigung der Arbeiten anzeigte, fand keine Bemängelung statt. Vier Tage nach Beendigung der Arbeiten ließ der Beklagte sein Verkaufsgebäude fotografieren, weil die für den 29. September 1979 festgelegte Betriebseröffnung in einer Tageszeitung werbewirksam angekündigt werden sollte. Auf dem Foto (Beilage ./3) sind einige Wasserlachen als Folge der Unebenheiten der Hoffläche zu erkennen. Nachdem der Beklagte auf die Rechnungen der klagenden Partei vom 3.September und 6.September 1979 am 11. Oktober 1979 lediglich eine Anzahlung von S 30.000,-- geleistet hatte, wurde er am 20.Oktober 1979 erstmals gemahnt. Am 13. November 1979 bemängelte er schriftlich die Asphaltierung und teilte mit, daß er den Restbetrag erst nach Fertigstellung der Arbeiten begleichen werde. Nach einem Schriftwechsel der Streitteile wollte die klagende Partei die Angelegenheit im Kulanzweg gegen einen Kostenbeitrag des Beklagten erledigen, was dieser jedoch ablehnte. Beim gerichtlichen Lokalaugenschein stellte sich der Vorplatz als nicht eben dar. Auf einer Meßstrecke von 4 m betrug die größte Vertiefung 2,4 cm, auf einer anderen 2 m langen Meßstrecke betrug sie 2,5 cm, andere Messungen ergaben geringere Werte. Auch im Bereiche der Zufahrt, deren Herstellung vom Land Steiermark bezahlt wurde, sind Vertiefungen und dadurch Wasserpfützen vorhanden. Nach den Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau (RVS) hat die Schichtdicke von mechanisch stabilisierten oberen

Tragschichten = Asphaltdecken mindestens 10 cm zu betragen. Diese Forderung ist im Hauptbereich der Belagflächen, nicht aber an den Randflächen erfüllt. Die Abweichung von der Ebenheit darf 15 mm auf 4 m Meßlattenlänge nicht überschreiten. Die Unebenheiten könnten durch einen zweiten Belag ausgeglichen werden, der eine Fläche von 100 m

2 betreffen und S 8.000,-- kosten würde. Die beim Lokalaugenschein festgestellten Muldenbildungen sind entweder auf eine mangelhafte Grundierung oder auf einen Einbaufehler oder aber auf eine außerordentliche Belastung zurückzuführen. In seiner rechtlichen Beurteilung verwies das Erstgericht darauf, daß der Beklagte die Mängelrüge nicht innerhalb der zwischen den Streitteilen schriftlich vereinbarten achttägigen Frist nach Beendigung der Arbeiten erhoben und eine vertragliche Verpflichtung der klagenden Partei, eine 2 cm starke Feinschicht aufzutragen, nicht bewiesen habe. Die Behauptung des Beklagten, die Frist zur Erhebung der Mängelrüge habe noch nicht zu laufen begonnen, weil das Werk noch gar nicht fertiggestellt sei, erscheine unrichtig, zumal Ing.C*** dem Beklagten am 29.August 1979 erklärt habe, daß die Arbeiten nunmehr durchgeführt seien. Dem Hinweis auf die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes sei zu entgegegnen, daß dieses erst am 1.Oktober 1979 in Kraft getreten und die vertragliche Verkürzung der Frist für die Erhebung der Mängelrüge auf 8 Tage im Sinne der Bestimmungen der §§ 1167, 933 ABGB zulässig gewesen sei. Der Beklagte habe nach seiner eigenen Behauptung auch von Anfang an um die behaupteten Mängel gewußt. Eine mündliche Behebungszusage durch einen Beschäftigten der klagenden Partei sei unwirksam, denn solche mündlichen Erklärungen erschienen wegen des vereinbarten Erfordernisses einer schriftlichen Rüge ausgeschlossen. Da - wie in der Beweiswürdigung ausgeführt - das Zustandekommen einer zwischen den Streitteilen geschlossenen Vereinbarung, nach welcher die klagende Partei die vom Beklagten aufgewendeten Schotterkosten für die Zufahrt diesem zu ersetzen und ihrerseits mit dem Land Steiermark abzurechnen gehabt hätte, nicht erwiesen sei, bestünde die eingewendete Gegenforderung nicht zu Recht, sodaß der Klagsanspruch zuzuerkennen sei.

Das Berufungsgericht hielt die Rüge der unrichtigen Beweiswürdigung und unrichtigen Tatsachenfeststellung, soweit entscheidungserheblich, nicht für gerechtfertigt. Mit der Ausführung, die beim Ortsaugenschein festgestellten Muldenbildungen könnten entweder auf eine mangelhafte Grundierung oder einen Einbaufehler oder eine außerordentliche Belastung zurückzuführen sein, habe das Erstgericht nur den diesbezüglichen Inhalt des Sachverständigengutachtens wiedergegeben, jedoch weiters festgestellt, daß eine letztlich unebene Asphaltschichte aufgetragen worden sei, woraus sich ergebe, daß die Ursache der Muldenbildung nicht auf eine spätere starke Belastung zurückgeführt werden könne. Die Argumente der Rechtsrüge des Beklagten erachtete das Berufungsgericht im Ergebnis für stichhältig. Die klagende Partei habe am 28. und 29.August 1979 die Asphaltierungsarbeiten vorgenommen, welche jedoch keine durchlaufende, 10 cm starke Asphaltschicht ergeben hätten, vielmehr weise der asphaltierte Hof Unebenheiten auf. Da der Partieführer N*** darauf hingewiesen habe, daß die Arbeiten noch nicht beendet seien, habe für den Beklagten keine Veranlassung bestanden, allfällige Mängel schriftlich zu rügen. Nach § 1170 ABGB habe der Besteller das von ihm zu leistende Entgelt in der Regel, also dann, wenn nichts anderes vereinbart oder ortsüblich sei, nach Vollendung des Werkes zu entrichten. Damit sei zunächst angeordnet, daß der Unternehmer die Herstellung des Werkes als Vorleistung zu bewirken habe. Darüberhinaus werde durch diese Regelung auch der Zeitpunkt der Fälligkeit des Entgeltes bestimmt. Auch wenn der Besteller die unvollständige Erfüllung des Werkes angenommen habe, dürfe er die gesamte Gegenleistung (das Entgelt) bis zur gehörigen Erfüllung des Vertrages verweigern (EvBl 1966/216). Dieser Einwand des nicht erfüllten Vertrages stehe dem Besteller auch bei Vorliegen geringerer Mängel zu, soferne nicht eine schikanöse Rechtsausübung vorliege (JBl 1970, 371). Das Anbot der klagenden Partei, die Anbringung einer weiteren, 2 cm dicken Feinschicht nur gegen Aufzahlung vorzunehmen, könne nicht als Anbot einer Kulanzleistung angesehen werden. Vielmehr sei die klagende Partei auf Grund des Vertrages vom 16.Mai 1979 zur Herstellung einer 10 cm starken Asphaltschicht verpflichtet gewesen. Durch die Herstellung einer teilweise bloß 8 cm starken Schicht sei sie dieser Verpflichtung nicht nachgekommen und daher zur Anbringung der Feinschicht ohne besondere Aufzahlung verpflichtet. Aus diesen Erwägungen müsse das Klagebegehren abgewiesen werden. Ein Eingehen auf die behauptete Gegenforderung und das bekämpfte Zinsenbegehren sei daher nicht erforderlich. Der Ausspruch der Zulässigkeit der Revision gemäß § 502 Abs 4 Z.1 ZPO sei darin begründet, daß der Frage der Abgrenzung zwischen mangelhafter Vollendung eines Werkes und Nichtvollendung desselben erhebliche Bedeutung zukomme. Unter dem Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens, gleichzeitig auch als Aktenwidrigkeit, führt die klagende Partei aus, das Berufungsgericht sei tatsächlich unter Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes von der erstgerichtlichen Feststellung, Ing.C*** habe dem Beklagten am 29.August 1979 die Beendigung der Arbeiten angezeigt, abgegangen. Formell habe es die erstgerichtliche Feststellung zwar übernommen, an deren Stelle aber die Feststellung gesetzt, der Beklagte habe auf Grund der Zusage des Partieführers N*** darauf vertrauen dürfen, daß die Arbeiten noch durch Auftragung der Feinschicht fertiggestellt und verbessert würden. Da diese Feststellung über eine Zusage des Partieführers N*** mit anderen im einzelnen angeführten

Beweisergebnissen in Widerspruch stehe, liege auch insoweit eine Aktenwidrigkeit vor. Eine solche sei weiters dadurch gegeben, daß das Berufungsgericht angenommen habe, die klagende Partei sei ihrer Verpflichtung zur Herstellung einer 10 cm dicken Asphaltschichte nicht nachgekommen. Dem ist zu entgegnen, daß es sich bei der Ausführung, der Beklagte habe auf die Zusage des Partieführers N*** vertrauen dürfen, um keine Feststellung, sondern um eine - für die Entscheidung überdies unerhebliche - rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichtes handelt; im übrigen liegt eine Aktenwidrigkeit nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO).

In der Rechtsrüge vertritt die klagende Partei den Standpunkt, das von ihr herzustellende Werk sei als vollendet zu beurteilen, woran selbst eine gegenteilige Erklärung des Vorarbeiters N***, der für sie keine verbindlichen Erklärungen abgeben habe können, nichts ändere. Der Beklagte hätte, nachdem über sein Verlangen überall 10 cm Asphalt aufgetragen worden sei, ohne Probebohrung gar nicht erkennen können, daß dieser an einzelnen Punkten nicht diese Stärke erreiche. Wegen der, im übrigen innerhalb der Toleranzgrenze liegenden, Unebenheiten könne eine mangelnde Vollendung ebenfalls nicht angenommen werden. Diese Unebenheiten könnten nach den Ausführungen des Sachverständigen aus verschiedenen Ursachen resultieren und äußerstenfalls einen Mangel des bereits vollendeten Werkes darstellen, zumal, wenn man bedenke, daß keine besondere Zusage über das Aufbringen einer weiteren Asphaltschicht erfolgt sei. Die Feststellung, daß Ing.C*** dem Beklagten die Vollendung der Arbeiten angezeigt habe, sei vom Berufungsgericht ausdrücklich übernommen worden. Dem Beklagten habe es klar sein müssen, daß der Vorarbeiter N*** kein entscheidungsbefugter Vertreter der klagenden Partei sei. Schließllich habe der Beklagte auch spätestens Anfang September 1979 nach Erhalt der Rechnungen erkennen müssen, daß die Arbeiten vollendet seien.

Entgegen allen diesen Ausführungen ist für die Entscheidung des Falles hier lediglich erheblich, ob das von der klagenden Partei herzustellende Werk mängelfrei war, weil gegenteiligenfalls vom Beklagten die Zahlung des Werklohnes zu Recht verweigert wurde. Das Berufungsgericht hat in dieser Frage zutreffend auf die Entscheidungen EvBl 1966/216 (= SZ 39/27) und JBl 1971, 371 verwiesen, in deren Sinn auch die weiteren, in JBl 1971, 371 zitierten Entscheidungen 1 Ob 95/67 und 1 Ob 20/68 sowie in der Folge die Entscheidung 1 Ob 209/75, SZ 48/108 ua. ergangen sind (vgl. auch Wilhelm in JBl 1976, 434). Danach kann der Besteller ohne einredeweise Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen - der Gewährleistungsanspruch auf Verbesserung der mangelhaften Sache könnte nur fristgebunden und klageweise erhoben werden - die Zahlung des gemäß § 1170 ABGB erst mit der Vollendung des Zweckes fälligen Werklohnes mit der Einrede ablehnen, die Klagsforderung sei noch nicht fällig, weil das Werk im Hinblick auf vorhandene Mängel noch nicht ordnungsgemäß hergestellt sei. Hierin liegt ein Begehren auf Verbesserung mangels bisheriger gehöriger Vertragserfüllung des Unternehmers. Zu einer solchen Verweigerung der Gegenleistung bis zur gehörigen Erfüllung durch den Unternehmer ist der Besteller auch dann, wenn er die unvollständige Erfüllung zwar angenommen hat, nun aber deren Verbesserung verlangt, berechtigt. Die Einrede soll nicht nur den Leistungsberechtigten sichern, sondern auch auf den Willen des Gegners einen Druck ausüben. Die Grenze dieses Rechts auf Verweigerung der Gegenleistung liegt in dem in § 1295 Abs 2 ABGB festgelegten, allgemein geltenden Rechtsgrundsatz, daß die Ausübung eines Rechtes nicht zur Schikane ausarten darf. Hinsichtlich des tatsächlichen Vorhandenseins der behaupteten Mängel trifft den die Einrede erhebenden Besteller die Beweislast (1 Ob 209/75). Vorliegendenfalls steht nach den unterinstanzlichen Feststellungen fest, daß die vom Kläger hergestellte Asphaltdecke nicht nur von Anfang an Unebenheiten aufwies, sondern teilweise nur eine Dicke von 8 cm hat - laut Sachverständigengutachten AS 93 haben zwei von insgesamt vier Probebohrungen Belagstärken von nur 8 cm bzw. 8 bis 9 cm ergeben - und damit nicht die Stärke von 10 cm erreicht, wie sie einerseits nach den Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau für obere Tragschichten vorgeschrieben ist und andererseits von den Streitteilen hier auch ausdrücklich im Vertrag vereinbart wurde. Das Werk ist daher insoweit aber nicht nur unbedeutend mangelhaft und daher noch nicht ordnungsgemäß hergestellt. Demgemäß ist der eingeklagte (restliche) Werklohn im Sinne der aus § 1170 ABGB abgeleiteten, oben dargestellten Grundsätze noch nicht fällig. Der Beklagte kann daher nicht zur Zahlung verurteilt werden.

Da das Berufungsgericht in der allein entscheidenden Rechtsfrage ohnehin der bestehenden Judikatur gefolgt ist, sind hier entgegen seiner Ansicht die Voraussetzungen des § 502 Abs 4 Z.1 ZPO nicht gegeben.

Die Revision ist daher unzulässig und war demgemäß zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf die §§ 41 und 50 ZPO.

Anmerkung

E08520

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1986:0020OB00656.84.0617.000

Dokumentnummer

JJT_19860617_OGH0002_0020OB00656_8400000_000

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at